مجلّة الواحات للبحوث والدراسات
ردمد 7163 -1112 العدد 12 (2011) : 214 – 228
http://elwahat.univ-ghardaia.dz

حماية الخصوصية في المعاملات المالية الإسلامية (بيانات عملاء العمليات المصرفية الالكترونية نموذجا)

شول بن شهرة[1] و ماجدة مدوخ[2]
1 ـقسم الحقوق المركز الجامعي لغرداية
2 ـقسم معهد العلوم الاقتصادية المركز الجامعي لغرداية
غرداية ص ب 455 غرداية 47000 ,الجزائر

مقدمة:

يرتبط مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية الالكترونية بشدة مع مفهوم الأعمال الالكترونية، حيث تعد أحد صور النشاط الاقتصادي الحديث ولعل تعريفها قد يوضح ذلك الترابط، فالأعمال المصرفية الالكترونية هي تلك الآلية التي يتم من خلالها استخدام الأعمال الالكترونية في مجال التعاملات المصرفية، واستخدام تقنيات الانترنت من أجل تفعيل عمل المصارف والوصول إلى تسهيلات أكثر فعالية للعملاء وإذا كانت الأعمال المصرفية الالكترونية تقوم على العامل الخدماتي في أغلب معاملاتها، وترتكز العلاقة التعاقدية وآلية نفاذ عملياتها الالكترونية على الإفصاح على بيانات اسمية شخصية إما بالنسبة للمستهلك أو الطرف الحرفي (الخدماتي) فان من شأن الإفصاح عن هذه البيانات أن يرسم أو يعطي تصورا لمسلك الشخص أو ميولا ته أو اهتماماته ونمط تفكيره الأمر الذي يعد منفذا للإضرار به بصورة مباشرة أو غير مباشرة، حفظ هذه البيانات قدس في الشرع الإسلامي، فمن أهم المخاوف التي تعترض نمو الأعمال المصرفية الالكترونية وقيام نظام متقن لها ومتداول هو كيفية حماية بيانات هذه العمليات، فقد ضاعفت تقنية الانترنت المخاطر التي تعترض المعاملة المصرفية، وجعلت من النصوص القانونية التقليدية قليلة الفعالية، بالخصوص وأن المعاملات المالية الإسلامية، وهو ما أكد الدعوة إلى ضرورة تحديث القواعد القائمة لكي تتلاءم النصوص القانونية مع الظاهرة المستحدثة في المعاملات المالية الإسلامية، ولئلا تكون آلية العمليات المصرفية الالكترونية وسيلة للانتقاص من الكرامة الإنسانية والحياة الخاصة، التي حفظها الشرع الإسلامي الحنيف.

أولا: بيان مدى الحاجة إلى إقرار حماية البيانات الشخصية للعملاء

من المعلوم أن المعاملات المصرفية الالكترونية تتطلب بنية تحتية معلوماتية متعلقة بتبادل بيانات العملاء، حالها كأي تعامل اقتصادي أو تجاري الكتروني مرتكز على مجموع أنشطة هي الإعلان عن الخدمات التي يتم عرضها عبر شبكة الانترنت من خلال وكالات افتراضية، وتبادل المعلومات والتفاعل بين مقدم الخدمة المصرفية والمستهلك، وعقد الصفقات وإبرام العقود من خلال شبكة الانترنت، وسداد الالتزامات المالية من خلال وسائل الدفع الالكترونية، وعمليات تقديم الخدمات ومتابعة الإجراءات سواء عن طريق شبكة الانترنت on–line أو عن طريق القنوات العادية، وهذا ما مكن المستهلك أو العميل من الحصول على جميع البيانات والمعلومات التي يحتاجها الكترونيا فقط. واختيار الأنسب منها دون أن يحتاج إلى الانتقال من مكان إلى آخر وهو ما أسهم في تحقيق رغباته وإرضاء احتياجاته الأساسية، وتتيح شبكة الانترنت ذلك من خلال أشكال متعددة تشمل المعلومات التفصيلية المكتوبة والمصورة التي يستطيع العميل من خلالها زيارة الأثر أو تصفح الخدمة بنفسه.

فأي معاملة مصرفية الكترونية تقتضي تبادل البيانات واستخدام الوثائق الالكترونية عن طريق مورد الخدمات الالكترونية، فقد يكون من هؤلاء العملاء أشخاصا طبيعيين عندما يتعلق الأمر بطلبات الخدمات وقد يكون من هؤلاء العملاء أولئك المتعاملين بالمشروعات، فيتعلق الأمر ببيانات تخص الموظفين والقائمين على الإدارة، هذا الأمر دفع إلى ظهور إشكالات متعلقة بتوفير حماية قانونية للمتعاملين بهذه الرابطة التعاقدية ذات الطبيعة التقنية وبخاصة الطرف الأضعف فيها ألا وهو المستهلك فيما يتعلق بحمايته من الاطلاع على بياناته الاسمية أو الشخصية التي يدلي بها أثناء عملية إبرام العقد أو توظيفها واستخدامها استخداما غير مشروع، وحتى لو كان شخصا اعتباريا فإن الأمر يزداد تعقيدا حيث التمكن والتنفّذ في المجالات التجارية قائم على عنصر المنافسة التي قد لا تكون مشروعة إن اعتمدت الإضرار بالغير المنافسين على أساليب جرمية بخصوص التعامل مع البيانات الاسمية، الشخصية للأشخاص الطبيعيين عملائها، ويمكن إلحاق الضرر بأشخاص اعتباريين كون أن الاسم التجاري أو العلامة التجارية يعتمد على بيانات شخصية وبيانات اسمية وهو ما يمكن أن يشكل خطرا على مواقع الخدمة المصرفية وبقدر حماية هذه البيانات الاسمية والشخصية بقدر ما يكفل للمعاملات المصرفية الالكترونية أمان أكثر وتبعث ثقة من شأنها أن تزيد من نمو هذه الخدمة الالكترونية ونماءها.

كما يتعين المحافظة على البيانات التي تتعلق بالمعاملة المصرفية الالكترونية من حيث سريتها وخصوصيتها، عن طريق وسائل أمان تتسم بالسرية والقدرة على حماية البيانات والحفاظ على سريتها ومدى حرية تداولها وسلامتها[1]، كضمانة تتطلبها نظم وتطبيقات المعاملة المصرفية الالكترونية، وتعتبر بيانات اسمية شخصية كل معلومة متعلقة بالشخص أو ذاته تبين بطريقة مباشرة

أو غير مباشرة أو تصف الشخص[2]، ومن منطلق انه يجب أن لا تكون المعلوماتية وسيلة للانتقاص من الكرامة الإنسانية أو حقوق الإنسان أو الحياة الخاصة ظهرت الحاجة لدى بعض المشرعين الى تحديث قوانينهم لكي تتلاءم مع النصوص القانونية مع الظاهرة المستحدثة في النشاط الإنساني عموما والنشاط الاقتصادي على وجه الخصوص[3]، وتمحورت جهود التشريعات حول الإجراءات الواجبة الإتباع لمعالجة البيانات الاسمية أثناء المعاملة الالكترونية من جمع وتسجيل والحفاظ على هذه المعلومات، ولأجل ذلك أيضا حرص المؤسسات المالية الاسلامية ومعها التشريعات الحديثة بتوفير حماية لقواعد البيانات التي تتعلق ببيانات اسمية للمتعاملين في هذا الميدان المالي الاقتصادي، فوضعت مجموعة أحكام جنائية كوسيلة ردعية ضد أي اعتداء يهدد هذه البيانات أو حرمة الشخص الخاصة بما يوصف أنه إخلال بالشروط الموضوعية والإجرائية، المنصوص عليها[4]، كما اهتمت مختلف التشريعات الأوروبية بسن جملة من الضمانات القانونية تحمي الأفراد فيها يتعلق بثورة المعلوماتية، وأولت عناية هامة للمعاملات المالية ومنها معاملات تلك المؤسسات المالية التي تعتمد النظم الإسلامية في تعاملاتها، وعمدت إلى تحديد كيفية توظيف تلك المعلومات المخزنة أو التعامل معها لتكون المعلوماتية في خدمة الأفراد، ودونما المساس بالهوية الشخصية للأفراد وبالحريات الفردية والجماعية –كالقانون الفرنسي المتعلق بالمعلوماتية والحريات الصادر بتاريخ **1978/01/06**، قانون بلجيكا الخاص بحماية المعلومات ذات الطابع الشخصي الصادر بتاريخ **1992/12/08**– فوضعت مجموعة من التشريعات المقارنة مجموعة ضوابط وضمانات استهدفت خلق رقابة فعالة على إنشاء نظم المعلومات وكيفية استخدامها سواء أكانت هذه الاستعمالات والاستخدامات تتعلق بالنشاط الحكومي أو بالقطاع الخاص أو بالأفراد لأجل حماية الحريات العامة وبالأخص الحريات الشخصية.

ويحصي التشريع الفرنسي حوالي سبع اعتداءات على هذا الحق ويحيل ذلك إلى النصوص 226–17 إلى 226–22 من قانون العقوبات الفرنسي[5]، مثلما أن الغرفة الجنائية لمحكمة النقض عرضت عليها كثير من حالات الاعتداء المرتبطة بحوادث الدفع لكن رغم ذلك فإن القرارات المتخذة بشأن هذه الاعتداءات تعد جد نادرة[6].

وتعتبر التوصية الأوروبية رقم **44/95** الصادر ب **1995/10/24** الخاص بحماية الأفراد من جمع المعلومات ذات الطابع الشخصي والمتعلقة بحماية البيانات الاسمية والشخصية والحياة الخاصة المصدر الذي استند إليه المشرع الفرنسي في تفعيل القواعد الضابطة أو الحامية لهذه الحقوق[7]، وحول مبادئ وشروط المعالجة أورد البند **30** من ذات التوصية بعض شروط المعالجة وهي:

– رضاء الشخص المعني (صاحب الشأن)؛

– أن تكون ضرورية لعملية المعالجة؛

– أو احتراما لالتزام قانوني منصوص عليه؛

– أو لاستخدامها في أغراض تجارية أو نفعية.

وإذا طرح التساؤل عن سبب أخذ القانون الفرنسي نموذجا فالجواب أن تجربة المشرع الفرنسي تعتبر رائدة ونموذجية بالمقارنة مع كثير من المشرعين مما دفع بالبعض إلى أن يعتبر أن الولايات المتحدة الأمريكية تسجل تأخرا عن الإتحاد الأوروبي في هذا الإطار، مع أنها في أغلب المجالات التي تخص قطاعات المعاملات المالية الإلكترونية بما فيها المعاملات المصرفية الالكترونية هي متقدمة عنه، بالإضافة إلى انه منذ زمن بعيد يعرف التشريع الأمريكي قانون يحمي الخصوصية "right of privacy" (droit a être laissé tranquille)،[8] وكلا التشريعين يعتمدان المعاملات المالية الإسلامية وإن بشكل متستر وخاصة بعد الأزمة المالية الأخيرة.

ثانيا: صور الاعتداءات الواقعة على بيانات المتعاملين

استهدف المشرع الفرنسي تأكيد حماية حقوق وحريات المواطنين في مواجهة تطور تكنولوجيا المعلومات من خلال تلك السلطة التي أعطاها للّجنة القومية للمعلومات والحريات CNTL، أو بالقانون المتعلق بالمعلوماتية والحريات الصادر بتاريخ 1978/01/06، في الفصل الأول من مادة الأولى، وحرم ذات القانون في مادته 02 أيّ حكم قضائي أو إداري يكون مؤسسا على معلومات مستمدة من المعلومات الشخصية لتحديد الفرد أو إصدار رأي على الشخص محل الحكم أو المتابعة، وفرضت المادة 03 ضمانات خولت لكل شخص معارضة المعلومات الشخصية المخزنة في حقه أو النتائج المتوصل إليها[9].

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي عندما أعطى حق الاعتراض على أي عملية تحمل صفة التسجيل أو الحفظ أو الجمع بدون إذن مسبق للشخص المعني قد أقام الاعتبار للقيم الإنسانية على حساب التطورات التكنولوجية فقد أكد عليه في التعديل الجديد لقانون العقوبات الفرنسي في الفصل الخاص بحماية الحقوق الشخصية وتناول الجرائم المتعلقة بالبيانات الاسمية والأحكام الخاصة والعقوبات المقررة في المواد 226– 16، 226–24 و226–31 ويتعلق الأمر بالجرائم التالية[10]:

– م 226– 16 جريمة عدم اتخاذ الإجراءات الأولية لإجراء معالجة البيانات؛

– م 226– 17 جريمة عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية البيانات المعالجة؛

– م 226– 18 جريمة المعالجة غير المشروعة للبيانات؛

– م 226– 19 جريمة حفظ بيانات شخصية أو تتعلق بماضي أشخاص مصنفين؛

– م 226– 20 جريمة حفظ بيانات شخصية خارج الوقت المخصص؛

– م 226– 21 جريمة تغيير الغرض المحدد لجمع البيانات الاسمية؛

– م 226– 22 جريمة إفشاء البيانات الاسمية بما يضر بصاحب الشأن.

كما نص المشرع الفرنسي في المادة 432– 9 من قانون العقوبات الجديد على توفير حماية للمراسلات التي تتم بطريق وسائل الاتصالات.

ويقع الضرر في ذلك بمجرد الاطلاع عليها حيث يعطي صورة جلية عن الشخص ليس من الناحية المادية فحسب بل حتى من الناحية الشخصية، وعادة ما يتم حفظ هذه المعلومات من قبل موظفين مؤتمنين بالبريد، وقد ربط المشرع الفرنسي إمكانية إقامة الدعوى بحصول ضرر لصاحب الشأن وسواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا وإن كان البعض يرى بعدم ضرورة اشتراط حصول الضرر لإقامة الدعوى بل يعاقب الجاني بمجرد مباشرة الركن المادي بمعزل عن حصول الضرر لإخلاله بالتزاماته الوظيفية، أما الاعتداء على الحياة الخاصة فيقع بأربع صور[11]:

– تخزين واستعمال بيانات شخصية خاطئة؛

– تخزين أو جمع معلومات بصورة غير قانونية بدون إذن؛

– إفشاء بيانات بصورة غير شرعية وإساءة استعمالها؛

– تخطي القواعد المفروضة بتنظيم عملية جمع المعلومات الشخصية وتخزينها.

ويمكن أن يضاف لها عدم الاحتياط والإهمال أثناء مباشرة عملية المعالجة (حفظ، تسجيل، نقل...).

01/ جريمة التقاعس عن الإجراءات المبدئية لمعالجة البيانات

نص المشرع الفرنسي على هذه الجريمة في المادة 226– 16 من قانون العقوبات الجديد والتي كانت تضمنتها المادة 41 من قانون 1978 واستقراء نص المادة الأخيرة يجعل من معالجة البيانات لحساب الحكومة يتطلب ترخيصا كما تعاقب على عدم اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها بالمادتين 16/15 من نفس القانون، هذه الإجراءات بدورها تشترط أن تكون البيانات الاسمية من تلك التي تمس الحقوق والحريات العامة، وعند انتفاء المساس بهذه الحقوق يكتفى بإخطار اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات[12].

وعند صدور القانون الجديد للعقوبات نص على هذه الجريمة في المادة 226– 16 حيث عاقبت كل من يقوم –ولو بإهمال– بمعالجة إلكترونية للبيانات الاسمية دون مراعاة للإجراءات الأولية للقيام بها بالحبس لمدة ثلاث سنوات وبغرامة 300.000 فرنك[13].

فالركن المادي في هذا الجريمة يقوم حينما تتم المعالجة الالكترونية للبيانات الاسمية دونما اتخاذ الإجراءات الأولية التي نص عليها في القانون كما يعاقب بوصفه فاعل أصلي في الجريمة كل من أمر بفعل المعالجة حسب القواعد العامة لمسؤولية الفاعل في القانون الجنائي، أما الركن المعنوي فإنه

يستوي أن يأخذ فيه صوره العمد أو الخطأ أي أنه يعاقب بنفس العقوبة الحبس والغرامة سواء أخذ الركن المعنوي صورة القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدي[14].

02/ جريمة عدم اتخاذ الحيطة في حماية البيانات المعالجة

نصت على هذه الجريمة المادة 226– 17 من قانون العقوبات الفرنسي بقولها أنه يعاقب بالحبس لمدة خمس سنوات وبغرامة 200.000 فرنك كل من يجرى أو أمر بإجراء معالجة إلكترونية للبيانات الاسمية دون اتخاذ الاحتياجات الملائمة لحماية هذه البيانات، وخصوصا الحيلولة دون تشويهها أو إتلافها أو إطلاع غير المصرح له بذلك عليها.

ويتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لفعل المعالجة الالكترونية للبيانات الاسمية –أو الأمر بذلك– حسب الأصول العلمية لحماية هذه البيانات وهذا ضد أي فعل من شأنه تشويه أو إتلاف البيانات أو إطلاع الغير عليها، أما الركن المعنوي في هذه الجريمة فيستوي كذلك فيه القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدي، أي أن عقوبة الفعل في صورتيه بطريق العمد أو الخطأ هي متماثلة مع إعطاء القاضي السلطة التقديرية في تقرير العقوبة.

03/ جريمة المعالجة غير المشروعة للبيانات

وجاء النص على هذه الجريمة في المادة 226– 18 من قانون العقوبات على أنه يعاقب كل من يقوم بجمع معلومات خفية أو بصورة غير مشروعة أو معالجة بيانات اسمية تتعلق بشخص طبيعي على الرغم من اعتراضه وكان الاعتراض يقوم على أسباب مشروعة بالحبس لمدة خمس سنوات وغرامة 200.000 فرنك[15].

وإذا كانت معالجة البيانات الاسمية لأغراض تتعلق بالأبحاث في حالات الصحة عوقب الجاني بذات العقوبات في حالة [16]:

– إذا لم يخطر أصحاب الشأن بحقهم في الإطلاع عليها وتصحيحها والاعتراض عليها وبطبيعة البيانات التي يتلقاها؛

– إذا كان هناك اعتراض من صاحب الشأن؛

– إذا كان القانون يقرر ضرورة توافر موافقة صريحة وواضحة من صاحب الشأن؛

– أو إذا تعلق الأمر بمتوفى اعترض قبل وفاته على معالجة البيانات.

ويأخذ الركن المادي لهذه الجريمة صورا بتنوع صور فعل الجريمة ذاتها، فقد يتحقق صورة وقوع احتيال أو غش أو ما عبر عنه المشرع في النص جمع المعلومات بطريقة خفية أو بصورة غير مشروعة، وقد يأخذ صورة عدم الاعتداد باعتراض شخص طبيعي على معالجة بيانات اسمية متعلقة به بشرط أن يكون لهذا الاعتراض ما يبرره أي قيامه على أسباب مشروعة، وإن كان جانب من الفقه الفرنسي يعلق

على عبارة: "مبررات مشروعة des raisons légitimes" أنه مصطلح واسع غير دقيق وغير مضبوط إلا ان جانبا آخر أشار إلى ضرورة وجود تناسب بين المعلومات وبين الهدف من تسجيلها لتحديد تلك المبررات التي تحكم اعتراض الشخص على فعل المعالجة[17].

أما الفقرة الثانية فشملت صورا أخرى للركن المادي حيث اعتدت لقيام الركن المادي فيما بقي من صور عدم إطلاع الأشخاص الطبيعيين على حقهم في الإطلاع على المعلومات الطبيّة المتعلقة بهم، أو معالجة بيانات متعلقة بمتوفى اعترض قبل وفاته على معالجة البيانات حماية لهذه البيانات الشخصية.

عموما يتحقق الركن المادي للجريمة إذا تمت المعالجة الآلية للبيانات لغير الأغراض الطبيّة أو إذا لم يخطر أصحاب الشأن بحقهم في الإطلاع والتصحيح والاعتراض –ولو التزم بالغرض من المعالجة– أو قام بالمعالجة بالرغم من اعتراض صاحب الشأن وعدم وجود موافقة صريحة من الأخير، أما الركن المعنوي لهذه الجريمة فهو القصد الجنائي أي أنها لا تقع بطريق الخطأ بل يجب توافر علم الجاني بأن هذه السلوكات معاقب عليها جنائيا وتنصرف إرادته إلى إتيان هذه الأفعال[18].

04/ جريمة حفظ البيانات شخصية

أورد المشرع الفرنسي النص على عقوبة هذه الجريمة في المادة 226– 19 من قانون العقوبات الجديد حيث أورد صورتين للركن المادي حيث تعلقت الأولى بمعالجة بيانات اسمية خاصة بأشخاص سبق تصنيفهم تظهر بصورة مباشرة أو غير مباشرة أصولهم العرقية أو معتقداتهم الفلسفية أو انتماءاتهم السياسية أو الدينية أو النقابية ويتمثل فعل هذه الجريمة في وضع البيانات وحفظها دون موافقة من صاحبها، إذ أن الموافقة الصريحة لصاحب الشأن تمنع العقوبة المقررة[19]، أما الصورة الثانية لركنها المادي فتتمثل في معالجة بيانات اسمية لأشخاص سبق تصنيفهم تظهر جرائم الشخص التي ارتكبها وما صدر في حقه من أحكام إدانة أو تدابير متخذة ضده أو يأمر بمعالجة هذه البيانات.

والسبب في رأي البعض في تجريم هذه الأفعال هو استبعاد كل تمييز مؤسس على العرق أو الدين أو الانتماء السياسي بما يهدد مبدأ المساواة استهدافا لحماية حرية الفكر والرأي والتعبير والعقيدة، فيحظر معالجة البيانات المتعلقة بالحياة الخاصة[20]، ويحظر –على غير الجهات القضائية أو السلطات العامة المخولة قانونا وفي حدود اختصاصاتها القانونية– معالجة مثل هذه البيانات آليا حماية لسمعة واعتبار الشخص.

أما الركن المعنوي فيتحقق بتوافر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة أي أن يعلم الجاني بكون معالجة بيانات خاصة دون موافقة صاحبها سواء تعلقت هذه البيانات بالانتماء العقدي أو الفلسفي أو الميول السياسي أو النقابي تشكل مخالفة، وتنصرف إرادته إلى إحداث النتيجة بسلوكه الإجرامي[21].

ونصت المادة على الجريمة إن تحقق فيها الركن المادي والمعنوي بأن يعاقب بالحبس لمدة خمس سنوات وبغرامة 200.000 فرنك كل من قام بعملية وضع أو حفظ ذاكرة الكترونية دون موافقة صريحة من قبل صاحب الشأن بيانات تظهر بصورة مباشرة أو غير مباشرة أصوله العرقية أو معتقداته السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو انتمائه النقابي أو تتعلق بأخلاقه، كما يعاقب بذات العقوبات من يقوم في غير الحالات، التي يقررها القانون بوضع أو حفظ بيانات اسمية في ذاكرة الكترونية تتعلق بالجرائم أو أحكام الإدانة أو التدابير المتخذة ضده.[22]

05/ جريمة تجاوز الوقت المصرح به في الإعلان السابق أو وقفا للطلب.

جاء النص على هذه الجريمة في المادة 226–20 بالعقوبة المقررة بالحبس لمدة ثلاث سنوات وبغرامة 300.000 فرنك كل شخص قام دون موافقة اللجنة القومية والحريات بحفظ معلومات اسمية بما يجاوز الوقت المحدد في طلب الموافقة أو الإخطار السابق على عملية المعالجة[23].

فعامل الوقت في المعاملة الالكترونية عامل محوري حيث يمكن حفظ بيانات متعلقة بشخص في ظرف وقت قياسي ونجد كل من متعهد الوصول، متعهد الإيواء، ناقل المعلومات، مورد المعلومات، مورد الرسائل الفنية ومتعهد الخدمات هم من الأشخاص المهنيين المعهود لهم بمعالجة البيانات الاسمية في المعاملات المصرفية الالكترونية وهم مسئولون جنائيا كل حسب مساهمتهم في السلوك الإجرامي المتعلق بتجاوز حفظ البيانات الاسمية مدة تزيد عما هو مقرر لها قانونا[24].

حيث تقوم إمكانية تسجيل أو ضبط بيانات إسمية خارج الوقت المخصص لمعالجتها، فالوقت مقدر بكل جزئياته في مثل هذه العمليات فمن ضوابط تخزين ومعالجة المعلومات الشخصية والاسمية توقيت عملية التخزين لتلك المعلومات وقد نصت المادة 28 من قانون المعلوماتية والحريات على أنه "لا يجوز الاحتفاظ بالمعلومات الاسمية إلا للمدة المحددة في طلب إقامة نظم المعلومات أو لمدة تزيد على المدة اللازمة لتحقيق الغرض من تجميع البيانات واحتياجات البرنامج، إلا إذا سمحت اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات بالاحتفاظ بهذه المعلومات أكثر من المدة المحددة"[25].

ومن المعلوم أن اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات تتمتع بسلطة رقابية يمكنها من أن تمارس حصر ومتابعة المخالفات المتعلقة بالمعالجات الآلية للمعلومات الاسمية الأمر الذي يجعل منها سلطة عقابية بشروط معينة.

وقد حدد المجلس الدستوري الفرنسي شروط الاعتراف بالعقوبات التي توقعها اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحرية هي:[26]

– ضرورة احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات؛

– ضرورة احترام مبدأ العقوبة؛

– ضرورة احترام مبدأ عدم رجعية قوانين العقوبات؛

– ضرورة احترام حقوق الدفاع.

ويقوم الركن المادي لهذه الجريمة إذا احتفظ الجاني بما تمت معالجته آليا فوق المدة المطلوبة للحفظ والمحددة في القانون وتجاوزها، حيث يؤكد المشرع أن البيانات الاسمية لا يمكن أن تحفظ لمدة غير محددة لما يتوقع أن تمس بسمعة الشخص لتعلّقها بحياته الخاصة ولو كانت متعلقة بأمور بسيطة، أما الركن المعنوي في هذه الجريمة فيقوم عندما تنصرف إرادة الجاني إلى الاحتفاظ بالمعلومات مدة تزيد عن المدة المحددة، وانتهى إلى علمه مخالفته بهذا الفعل للقانون ومع ذلك تنصرف إرادته لهذا الفعل، أي أن الركن المعنوي يقوم على القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة[27].

06/ جريمة تغير الغرض من جمع البيانات الاسمية

يفترض أن يكون هناك تناسب بين تسجيل البيانات الشخصية المعالجة آليا وبين الغرض الذي تمت معالجتها لأجله والذي يكون محددا في طلب الموافقة على معالجة البيانات وقد احتاط المشرع الفرنسي من أي استخدام غير مشروع من قبل حائز البيانات الاسمية، أي باستخدامها في غير الغرض الذي خصّصت له، وهذا الاحتياط تجلى في العقوبة التي قررها المشرع في المادة 21/226 التي نصت على أن "يعاقب بالحبس لمدة خمس سنوات وغرامة 200.000 فرنك كل من يحوز بيانات اسمية بمناسبة تسجيلها أو فهرستها أو نقلها أو تحت أي شكل آخر من أشكال المعالجة، وقام بتغير الغرض فيها المحدد بالنص القانوني أو اللائحة المنظمة بالموافقة على المعالجة أو بقرار اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات بالتصريح بمعالجة البيانات لأغراض الأبحاث الطبية أو بالإخطار المسبق لإجراء المعالجة"[28].

07/ جريمة إفشاء البيانات الاسمية

إن تطور وسائل الاتصال ضاعف الحاجة إلى استخدام شبكة الإنترنيت (المعلوماتية) وبقدر ما سهل آلية الحصول على المعلومات والتعامل معها فإنه شكل تهديدا للعديد من المراكز القانونية لكل الأشخاص (معنويين كانوا أو طبيعيين) [29].

حيث أدى ذلك إلى ظهور انتهاكات من نوع جديد بسبب التقنيات الفنية للمتسللين الذين يسعون إلى الحصول على معلومات شخصية باستراقها من البريد الالكتروني أو المحادثات الخاصة وهذا الفعل يهدد حرمة الحياة الخاصة حيث للمحادثات الشخصية حرمة لا يجوز انتهاكها أو استراقها من خلال مراحل العلاقة التعاقدية التجارية، [30] وقد اجتهد المشرعون في تجريم تسجيل الأحاديث الشخصية أو مراقبتها بأية وسيلة.

وسلكت بعض التشريعات مسلك التجريم لكل اعتداء على هذه الحق، فقد عاقبت المادة 226– 22 من قانون العقوبات الفرنسي "بالحبس لمدة سنة وبغرامة 100.000 فرنك على كل فعل

يرتكبه شخص قام بالكشف عن بيانات اسمية، بمناسبة تسجيل أو فهرست أو نقل أو أي شكل من أشكال معالجة البيانات الاسمية والتي يترتب على كشفها الاعتداء على اعتبار صاحب الشأن أو حرمة حياته الخاصة. عن هذه المعلومات دون التصريح بذلك من صاحب الشأن، للغير الذي لا توجد له أي صفة في تلقي هذه المعلومات، وتكون العقوبات، الغرامة 50.000 فرنك إذا وقعت الجريمة السابقة نتيجة عدم الاحتياط أو الإهمال".[31]

هذه البيانات ونظرا لكونها هامة وفي غاية السرية ومن شأن إفشائها أن يلحق بأصحابها أضرارا، والتي لم يعيّن المشرع الفرنسي أي نوع من الضرر وهو ما يلاحظ في هذا النص، مما يجعل للقاضي الجزائي سلطة تقديرية أوسع في تكييف الضرر بصورتيه المادي أو المعنوي في إطار ما يمس بالاعتبار الشخصي أو حرمة الحياة الخاصة بشرط انتفاء تصريح من قبل صاحب الشأن، وشروط الإفشاء هي:

– يجب أن يتناول الإفشاء إحدى الصفات الواردة آنفا؛

– أن يتم الإفشاء بدون موافقة صاحب الشأن؛

– أن يتم الإفشاء بدون سبب وجيه لتبرير المصلحة العامة.

أما صور حيازة البيانات التي جرّمتها المادة 226– 22 فتمثلت في:

– الحيازة الواقعة بمناسبة تسجيل البيانات؛

– الحيازة الواقعة بمناسبة تصنيف البيانات؛

– الحيازة الواقعة بمناسبة نقل البيانات ؛

– الحيازة الواقعة بمناسبة المعالجة العامة.

هذه الجريمة لا يشكل الفعل المادي فيها اختراقا لشبكة المعلوماتية ولا قرصنة تقع على البيانات الشخصية المعالجة، بل يقع هذا الفعل الإجرامي من قبل الشخص المؤهل بمباشر هذه الأعمال سواء تمثل في التسجيل أو الفهرسة أو نقل هذه البيانات أو أي شكل من أشكال المعالجة الآلية للبيانات الاسمية، ويتمثل ركنها المادي في فعل الإفشاء، أي أن يقوم الجاني بإفضائها لشخص آخر لا صفة له في تلقي هذه البيانات وما تعلق بها من معلومات[32].

جدير بالذكر أنه يجب التفرقة بين صورتان متشابهتان لذات الفعل وهو ما يمكن أن يشبّه بجريمة إفشاء الأسرار المهنية التي نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 324 والتي هي فعلا متعلقة بصورة أعمق بمعاملات تجارية إلكترونية، الفارق بينهما أن جريمة إفشاء البيانات الاسمية قد ينطوي على بيانات لا تعد من قبيل الأسرار وهي بالتالي أوسع نطاقا من جريمة إفشاء الأسرار.

وإن كان الركن المادي لهذه الجريمة له صورتان يفرق بينهما الركن المعنوي، وتبعا لكل صورة

قرر المشرع عقوبة تتلاءم والفعل الإجرامي كيفما توفر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، أي أن يعلم الجاني أنه بإفضائه إلى الغير بيانات بمناسبة تسجيله لها أو فهرستها أو نقلها أو بأي شكل من أشكال المعالجة دون موافقة صاحبها يرتكب فعلا مخالفا للقانون ويعاقبه عليه وتتجه مع هذا العلم إرادته إلى فعل هذا السلوك الجرمي ويتوقع نتيجة الفعل ويريدها وعند توفر هذه الصورة فإن المشرع الفرنسي قرر العقوبة المشددة لها بالحبس لمدة سنة وبغرامة 100.000 فرنك.

وخفّض هذه العقوبة في الصورة الثانية أي التي ينتفي في الركن المعنوي فيها إرادة الجاني لإحداث نتيجة الفعل الجرمي أي ينتفي فيها القصد الجنائي فقد يكون الموظف أو المكلف بالمعالجة قد أفشى هذه البيانات بسبب عدم الاحتياط أو الإهمال فقرر العقوبة وأنزلها إلى الغرامة ب 50.000 فرنك حصرا لأن الفعل حدث مع عدم وجود إرادة آثمة استهدفت نتيجته، وهذا النص من شأنه أن يحفظ للأعمال الالكترونية ويحفظ لمعاملاتها جانبا من الثقة وآمان أكبر وتوفير حماية خاصة بالطرف الأضعف في علاقتها التعاقدية ألا وهو المستهلك.

كما أن جريمة إفشاء البيانات الاسمية والشخصية عادة ما تتعلق بالأشخاص الطبيعيين وكذلك أن مجال البيانات التي أفشيت هي متنوعة من حيث المجالات (شخصية، عائلية، مهنية، سياسية، عقائدية، فكرية، مالية...) وقد توصف بأنها أسرار، كما يمكن أن لا تكون من قبيل الأسرار كما سلف، لكن جريمة إفشاء الأسرار المهنية هي أكثر تدقيقا حيث تتعلق بأشخاص معنويين وتخص مجالات صناعية أو تجارية أو مهنية، وتتماثل الجريمتان في فعل إفشاء معلومات قد تكون هامة وسرية للغاية من شأن إذاعتها أو إفضاءها أن يلحق بأصحابها كبير الضرر بالأخص إذا تلقاها طرف منافس، والمعلومة في دنيا الأعمال مصدر الثروة.

ونصت المادة 418 من قانون العقوبات الفرنسي على أن كل مدير أو ممثل مدير أو عامل يطلع أو يحاول إطلاع الأجانب أو الفرنسيين المقيمين في الخارج على أسرار المصنع الذي يعمل فيه سيعاقب بالسجن لمدة تتراوح بين سنتين إلى خمس سنوات وبالغرامة من 18.000 فرنك إلى 120.000 فرنك فرنسي.

والملاحظ على النص أنه لم يشر إلى ماهية هذه المعلومات ولا الكيفية التي تكون عليها هل هي من قبيل المحررات أو المخططات أو النسب والإحصائيات أو البرامج أو البيانات الرقمية مما يرجح الأخذ بالتعريف الموسع لماهية الأسرار، وقد قدم القضاء والفقه معايير عدة لحصر هذه الأسرار هي:[33]

- أن يكون للسر قيمة تجارية؛
- أن يكون للسر صفة صناعية ؛
- أن يكون عنصرا من عناصر الصناعة؛

– لا يشترط أن يكون السر متعلقا بشيء جديد أو مفيد لكن قد يتعلق بالبرامج.

وهذا يعني أن الفقه والقضاء كلاهما لم يستبعد بل أكد إمكانية أن تكون هذه الأسرار من قبيل المعلومات والبيانات المعالجة آليا مادام هذا السر تستخدمه المؤسسة وتستأثر به ومن شأن إفشاءه إلحاق الضرر بها.

08/ جريمة التصنت على المراسلات

نص المشرع الفرنسي على هذه الجريمة في المادة 9/432 وقد سبق وأن نص على تلك الحماية المقرر للمراسلات في القانون الذي صدر في يوليو 1991، وعاقبت المادة 9/432 كل شخص عام أو مكلف بخدمة عامة بالحبس مدة 3 سنوات وغرامة 300.000 فرنك إذا ما قام عند مباشرته لعمله أو بمناسبته بالأمر أو التسهيل أو القيام، في غير الحالات المقررة قانونا باختلاس أو إلغاء أو فض المراسلات وكشف محتواها، كما جرمت الفقرة الثانية من نفس المادة كل شخص عام أو مكلف بخدمة عامة أو بأعمال استغلال خدمة الاتصالات أو بأعمال تقديم خدمة الاتصالات بالحبس مدة 3 سنوات وغرامة 300.000 إذا قام عند مباشرته لعمله بالأمر أو التسهيل أو القيام في غير الحالات المقررة قانونا بالتقاط أو اختلاس مراسلات تتم أو تنقل أو تصل بطريق الاتصالات وكذلك باستعمال أو فض محتواها.[34]

ويرى جانب من الفقه أن هذه الحماية الجنائية التي يقرها نص هذه المادة بفقرتها الأولى والتي ضيقت هذه الحماية الجنائية بإيرادها وباستخدامها بمصطلح "فض" أو بفقرتها الثانية الموسعة لنطاق هذه الحماية فإن أحكام هذه المادة تمتد إلى المراسلات الخاصة المتعلقة بالمعاملات المصرفية الالكترونية عن طريق البريد الالكتروني[35].

وتمتد الحماية الجنائية التي يكفلها المشرع للمراسلات البريدية والبرقية في نظر البعض إلى سائر صور المراسلات الالكترونية المستحدثة وباستخدام كل الوسائل والآليات المبتكرة التي يوفرها التقدم العلمي طالما أن هذه الأجهزة والأنظمة تابعة للهيئة المشرفة على الاتصالات أو تعهد هذه الهيئة للغير بأداء خدمات بريدية عن طريقها[36].

ويتوفر الركن المعنوي لهذه الجريمة بالقصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة حيث يقوم هذا الركن إذا علم الجاني أنه يخالف القانون بفعله إذ قام أو أمر أو سهل فض المراسلات البريدية أو تصنت على وسائل اتصالات واتجهت إرادته في ذلك إلى إحداث الفعل بنتائجه.

الخاتمة:

إن المعاملات المصرفية الالكترونية تفرض على المشرع –في حالة اعتماده هذه الآلية على المستوى الوطني– أن يستفرغ جهده في حماية أطراف العلاقة التعاقدية بالأخص الطرف الأضعف فيها ألا وهو المستهلك حيث لا يمكن إقامة توازن فعلي وحقيقي من أطراف المعاملات المصرفية

الالكترونية، فلا يزال الطرف الحرفي متمكّنا من آلياتها وفنياتها الإعلانية والتسويقية بما يملك من قدرات ومؤهلات وتتعاظم معها رغبته في تحقيق الربح والمنفعة مما يجعل المستهلك في مركز أضعف حيث أصل العقود المشاحّة.

نجد من خلال هذه الحماية التي ينبغي تقريرها أنه من دوافع تقريرها هو حماية ذلك الحق الدستوري ضد أي اعتداء يهدده أو يقع عليه، وهذا أمر لا يثير إشكالات جمّة حال تقرير الحماية الجنائية له، لكن ما يدعوا إلى تأكيده هو وجوب إحداث توازن عملي وفعلي –ليس فقط من جانب الأحكام الموضوعية المتعلقة بالحماية لكن– حينما يتعلق بالأحكام الإجرائية لذات الحماية، حيث يمكن أن يتذّرع بدعوى حماية الحقوق الجماعية وإجراءات المتابعة أو التحقيق لنجد تهديدا ملموسا لكثير من المراكز المنطوية تحت هذا الحق فيقع انتهاكه تحت طائلة القانون ولعلنا نجد في المشرع الفرنسي نموذجا كاد يكون متحيزا للحق في الخصوصية في إطار تقرير الحماية الجنائية للمعاملات الالكترونية وهذا أمر مستساغ لتلازم هذا الحق بالحقوق الإنسانية فهو حق منصوص عليه في كل الدساتير ومقرّ في الشرائع الدولية، وقدسه الشرع الإسلامي بل وبنى عليه مرتكزات معاملاته المالية، وخلاف ذلك انتهج المشرع الأمريكي مسلكا آخر بهذا الحق واعتدى عليه وبالأخص في القواعد الإجرائية الضابطة للتفتيش وهذا ما لا ندعو للاقتداء به أو الحذو حذوه.

ومما يجدر ان يوصى به في هذا الموضوع هو ما يلي :

– سن تشريعات قانونية وطنية منظمة للمعاملات المصرفية الالكترونية ؛

– استصدار اللوائح الإدارية المعنية بتنظيم تراخيص ممارسة الأنشطة المصرفية الالكترونية وذلك بقصد حماية أطراف النشاط المالي بعناصرها (العملاء _ مقدم الخدمة _ الوسيلة)؛

– استحداث تشريعات خاصة لحماية حقوق المستفيدين والمتعاملين بآليات الأعمال الالكترونية بصفة عامة وبصفة خاصة المتعاملين بخدمات العمل المصرفي الالكتروني؛

– تقنين سياسة جنائية تحمي خصوصية البيانات المتداولة في البنية التحتية المعلوماتية وتوعية القائمين على هذه البنية بأهمية حماية المحتوى المعلوماتي وخصوصيته؛

– تدريب الإطارات الوظيفية بماهية الجرائم التي قد ترتكب على مستوى الشبكات الداخلية او على شبكة الإنترنت للحد منها ولمكافحتها؛

– ضرورة إنشاء "شرطة الانترنت" يكون من ضمن مهامها تلقى البلاغات الرقمية ذات الصلة بمنظومة المعاملات المصرفية الالكترونية وتطوير عمل جهات التحقيق والمحاكم بما يتناسب مع التعامل مع الدعاوى القضائية الالكترونية.

الهوامش:

[1]– عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني التجارة الكترونية، ص، 56–57.

[2]– Xavier Linant de Bellefonds, LE DROIT DU COMMERCE Electronique, puf, paris, 2005, P78

[3]- IBID.P78.

[4]– فوزي أوصديق، إشكالية المعلوماتية بين الخصوصية وإفشاء الأسرار المهنية (السر البنكي نموذجا)، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والدراسات والخدمات التعلية، العدد الثاني، سبتمبر 2008، الجزائر، ص49.

[5]- Marie -pierre, fenoll-trousseau , gerard haas , Internet et protection des donnés personnelles ,litec ,paris 2000, P 27.

[6]- Cass.crim,25oct,1995,Bernard R et Gie – Cass.crim,19dec,1995,M,R Et CPIT , ibid, P29.

[7]- Marie –pierre, fenoll-trousseau , gerard haas, op.cit ,p30.

[8]- "dans la plupart des domaines ayant un lieu avec le commerce électronique, l'union européenne est en retard sur les U.S.A..dans le domaine de la protection de la vie privée,elle a des kilomètres d' avance ", Théo Hassler, Les Données personnelles et la protection des personnes, Les premières journées internationales de droit de commerce électronique, p114

[9]– فوزي أوصديق، مرجع سابق، ص 51.

[10]– مدحت رمضان عبد الحليم، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، ص90،عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص، 69.

La loi au quotidien, linternet les pricipaux textes de loi ,OP Cit, p95-97. –

[11]– نعيم مغبغب، مخاطر المعلوماتية والإنترنت–المخاطر على الحياة الخاصة وحمايتها دراسة في القانون المقارن، بدون طبعة، 1998، ص ص: 195– 197.

[12]– مدحت رمضان، مرجع سابق، ص ص 92 –93

[13]– Marie -pierre, fenoll-trousseau ,gerard haas, op.cit,p27

[14]– عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 73.

[15]- La loi au quotidien, linternet les pricipaux textes de loi ,OP Cit, p96

[16]– مدحت رمضان عبد الحليم، مرجع سابق، ص96– 97.

[17]– عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 76.

[18]– عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 78.

[19]– نفس المرجع، ص ص: 78– 79.

[20]– Agathe LEPAGE, OP Cit, Etude 5

[21]– عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 81.

[22]– La loi au quotidien, linternet les pricipaux textes de loi ,OP Cit, p97.

[23]- Ibid, p98

[24]– Nathalie DREYFUS, De la responsabilité des intermédiaires techniques : contrefaçon ou responsabilité civile ? Revue Communication Commerce électronique

n° 1, Janvier 2007, Alerte 1

[25]– عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 81.

[26]– للإطلاع أكثر، أنظر أحمد حسام طه تمام، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الالي (الحماية الجنائية للحاسب الآلي) دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق،جامعة طنطا 2000، ص 122– 125.

[27]– عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 82.

[28]- La loi au quotidien, linternet les pricipaux textes de loi ,OP Cit, p98

[29] Antoine LATREILLE, LA PROTECTION JURIDIQUE DES BASES DE DONNEES ELECTRONIQUES, Revue petites affiches, Droit de la communication, 28 avril 1995 n° 51, P. 14

[30]– احمد حسام طه تمام، مرجع سابق، ص 318، أنظر أيضا:

Antoine LATREILLE , OP Cit, P. 14

[31]-La loi au quotidien, linternet les principaux textes de loi ,OP Cit, p95

انظر أيضا : عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 85 .

[32]– وإن كان البعض يرى بأنه من الصعوبة بمكان تحديد من له هذه الصفة من الناحية النظرية عدا أنه يتضمن طلب الترخيص بمعالجة البيانات يتضمن بيان الأشخاص الذين تعد البيانات لمصلحتهم، مدحت رمضان عبد الحليم، مرجع سابق، ص105.

[33]– أحمد حسام طه تمام، مرجع سابق، ص 326.

[34]– مدحت رمضان عبد الحليم، مرجع سابق، ص 106.

[35]– عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 92.

[36]– هشام فريد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية –دراسة مقارنة–، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، مصر 1994، ص 114– 118.